



CIRCULAR LABORAL 4/2021

2 de febrero de 2021

RESUMEN SENTENCIAS RELEVANTES JURISDICCIÓN SOCIAL: FEBRERO 2021.

1. TRIBUNAL SUPREMO

La empresa ha de abonar a los trabajadores de baja los gastos de transporte para acudir a los controles médicos

La empresa auxiliar contratada por la patronal para realizar los controles y chequeos médicos de sus trabajadores realiza su actividad en la misma calle en que está la sede de Iberia, así como en los dos Aeropuertos de Tenerife y en el de Barcelona; y su forma de actuar, cuando Iberia le proporciona el listado de los trabajadores en situación de baja, es intentar contactarlos de forma que si el afectado acepta, se pasa la llamada al Personal Facultativo, que interroga sobre su estado de salud y le convoca a consulta presencial. Pero puede darse el caso que el trabajador padezca lesiones graves o tenga limitada su movilidad, entonces se le requiere para que envíe por mail los informes correspondientes y si no lo hace en un plazo de cinco días, se le cita para consulta.

Se reclama en este asunto los gastos de transporte ocasionados a los trabajadores por estos controles periódicos médicos y el Supremo se remite a su Sentencia 62/2018 que, aunque no fija criterio sobre la cuestión, sí sienta dos premisas que interesan: los parámetros en que se basa la empresa al activar su facultad fiscalizadora deben de ser los mismos que cuando ejerce su poder de dirección ("buena fe, razonabilidad, proporcionalidad y adecuación") y que las condiciones en que se lleva a cabo (aunque intervenga una empresa a la que se encomiende la tarea) son de responsabilidad empresarial ("con respeto de los derechos de los trabajadores y dentro de los límites que ya hemos reseñado").

Partiendo de estos antecedentes, resulta contradictorio que se admita la necesidad de que el empleador cubra los gastos de desplazamiento cuando el contrato de trabajo está vivo y no se haga cuando surge la suspensión del contrato por la incapacidad temporal de un trabajador, ya sea por enfermedad o accidente.

Además, el desplazamiento no es una consecuencia directa de la existencia de un contrato de trabajo en fase de suspensión, sino de una decisión empresarial facultativa y tendente a valorar, por sus propios medios, lo que ya ha sido constatado por quienes poseen la competencia para acordar la existencia de una IT, es decir, los médicos de la Seguridad Social.

Y llegados a este punto, los parámetros de buena fe, razonabilidad, proporcionalidad, casan bien con la indemnidad económica de quien no está en condiciones de prestar su trabajo conforme a las exigencias ordinarias.

Y además la solución de ser la empresa quien corra con los gastos es también acorde a la expresa decisión legislativa que existe en otros casos sobre la distribución de gastos que giran alrededor de la prestación laboral, por ejemplo, en los casos de trabajo a domicilio o en materia de prevención de riesgos laborales.

Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Sentencia 1025/2020, 24 Nov. Rec. 64/20198

2. AUDIENCIA NACIONAL

Se condena a una empresa a reponer a los trabajadores los tickets comida que suprimió durante el confinamiento

Los trabajadores tienen derecho a percibir los tickets restaurante durante el Estado de Alarma motivado por COVID19, sin que la empresa pueda suprimirlo unilateralmente bajo el argumento de ajustar las recargas correspondientes a los días comprendidos entre el 14 de marzo y el 30 de abril de 2020 como una medida necesaria para paliar el impacto que están teniendo en el negocio la situación de pandemia.

Si la empresa pretendía modificar lo que había sido reconocido como un beneficio social, debería haber al procedimiento previsto para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. La decisión de la empresa de suprimir los tickets comida durante el estado de alarma no podía hacerse soslayando los mecanismos legalmente previstos para modificar las condiciones de trabajo, - insiste la Audiencia-.

Y el beneficio debía respetarse incluso a los trabajadores que teletrabajaron durante el confinamiento. La forma en que fue reconocido, los trabajadores tenían derecho a percibir los tickets restaurante por cada día efectivamente trabajado, con independencia de que se desempeñase en presencia física o mediante teletrabajo.

Es muy significativo que en el piloto de prueba del teletrabajo expresamente se pactó que no supondría variación alguna en las condiciones laborales del trabajador.

No puede suprimirse de forma unilateral por la empresa un derecho de carácter colectivo ya incorporado de forma definitiva al acervo de derechos los trabajadores, si no es bien por acuerdo entre empresario y trabajador o a través del procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo; o incluso a través de su neutralización por aplicación de la compensación y absorción, pero en ningún caso, - y esto es lo importante-, de forma unilateral.

Incluso excepcionalmente podría admitirse la modificación de un acuerdo si la situación existente al firmarse el mismo se ha modificado (cláusula *rebus sic stantibus*), pero esta posibilidad debe interpretarse de forma restrictiva.

La estimación de la demanda por la Audiencia Nacional supone declarar la nulidad de la medida adoptada por la empresa de suprimir los tickets comida durante el estado de alarma, - por suponer una modificación sustancial de las condiciones de trabajo no adoptada por los cauces legales, y la nulidad de la detracción de las cantidades correspondientes a dichos tickets, por los días comprendidos desde el 14 al 31 de marzo y el mes de abril de 2020.

Audiencia Nacional, Sala de lo Social, Sentencia 114/2020, 9 Dic. Rec. 163/2020

3. AUDIENCIA NACIONAL.

La forma en la que se recuperan las horas no trabajadas durante el confinamiento no tiene que ser consensuada con el Comité

El Real Decreto-Ley 10/2020, de 29 de marzo , regula el permiso retribuido recuperable para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales. Se aprobó con el fin de reducir la movilidad de la población durante la pandemia por COVID-19 y afectaba a todos los trabajadores por cuenta ajena que presten servicios en empresas del sector público o privado cuya actividad no haya sido paralizada por la declaración del estado de alarma.

Se trata de un permiso obligatorio entre el 30 de marzo y el 9 de abril de 2020, retribuido y recuperable. Esto último quiere decir que desde el día siguiente a la finalización del estado de alarma y hasta el 31 de diciembre de 2020, el empleado debe recuperar esas horas.

En este asunto, el sindicato recrimina a la empresa dos cosas: que impusiera la recuperación sin llegar a un acuerdo con la representación sindical, y que diese la opción a trucar la recuperación por días de vacaciones.

A priori, este permiso retribuido obligatorio recuperable presenta características verdaderamente singulares y excepcionales; nace con el Real Decreto-ley 10/2020 , con una vigencia temporal muy limitada y ex novo ante la situación de pandemia por COVID19. Más que un verdadero permiso retribuido, la Audiencia Nacional lo califica como una fórmula de distribución irregular de la jornada, con los límites siguientes:

- La recuperación tiene que hacerse en el tramo temporal desde el día siguiente a la finalización del estado de alarma y hasta el 31 de diciembre de 2020.
- No se pueden vulnerar los periodos mínimos de descanso diario y semanal.
- Ha de mediar un plazo de preaviso no inferior a 5 días.
- Tampoco se puede superar la jornada máxima anual prevista en el convenio colectivo de aplicación.

Por todo cuanto antecede, en este supuesto la decisión de la empresa por la que se procedía a recuperar las horas de una forma diaria, en función del volumen de trabajo y hasta un máximo de 10 horas/día y 45 horas/semana, es ajustada a derecho.

Se trata de una decisión que se encuadra dentro del poder de dirección y organización de la empresa, y para la que, además, se ha contado en todo momento con la RLT a través de un proceso negociador, aunque no se haya logrado un acuerdo.

En cuanto a la posibilidad de su recuperación compensando las horas con días de vacaciones, declara la Audiencia que en principio no es admisible que se recuperen las horas no trabajadas mediante su imputación a vacaciones. Ni por decisión unilateral del empresario ni por decisión adoptada de mutuo acuerdo con la mesa de negociación. Ello es así por una sencilla razón: el derecho a las vacaciones anuales retribuidas es indisponible.

Además, tampoco es viable la compensación económica en este asunto.

Ahora bien, como la empresa no está imponiendo cambiar el permiso por las vacaciones a sus empleados, sino que lo deja a la libre voluntad del empleado (por si no quiere ir compensando diariamente la jornada), es totalmente lícito su actuar. Pensemos que por ejemplo pueden existir casos en los que el operario prefiera tener menos días de vacaciones que salir más tarde y cambiar sus hábitos de conciliación familiar. Porque en estos casos es el empleado el que decide, siempre claro está con acuerdo de su empleador.

Audiencia Nacional, Sala de lo Social, Sentencia 101/2020, 16 Nov. Rec. 276/2020.

4. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

ERE procedente aun existiendo reconocida causa COVID “indirecta” o “mediata.” (con voto particular.): no aplicación en el presente caso del art. 2 RDL 9/2020.

Despido colectivo cuyo período de consultas finaliza sin acuerdo y que afecta a más de 900 empleados de una empresa de contact center como consecuencia de la decisión de la empresa principal (Airbnb) de dar por finalizada la contrata como consecuencia de la gran reducción de actividad debida a la pandemia.

El TSJ de Cataluña viene a indicar que a la vista de la literalidad del artículo 22 del RDL 8/2020, no es aplicable el artículo 2 del RDL 9/2020 y por tanto hemos de acudir a la legislación ordinaria.

El citado artículo 22 establece que la legislación de urgencia será aplicable a aquellos supuestos que *“tengan su causa directa en pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19”*. Por lo tanto y para la Sala, ello implica que dicha normativa no es aplicable en los supuestos en que la COVID-19 no se configure como la causa directa o, dicho en otras palabras, se configure como una causa indirecta o mediata. Ciertamente la decisión legislativa podría haber sido otra, pero lo cierto es que la norma en vigor establece con total claridad su incidencia, su ámbito de regulación, únicamente para los supuestos de necesidad de adopción de acuerdos de flexibilidad, sea interna (artículos 22 y 23 RDL 8/2020) o externa (artículo 2 RDL 9/2020), originados por pérdida de actividad por causa directa de la COVID-19.

Y es evidente que la literalidad de la expresión permite pocas dudas interpretativas, tal como nos impone el artículo 3 del Código Civil».

En la línea anterior el TSJ continúa indicando que la causa que sustenta la decisión de despido colectivo no tiene por causa directa la pérdida de actividad por consecuencia del COVID-19, sino que la causa directa es la resolución del contrato de prestación de servicios mercantiles a la mercantil Airbnb, notificada el 10 de abril de 2020 que dio lugar al despido colectivo de 12 de junio de 2020, fundado en causas objetivas organizativas y productivas derivadas de la rescisión del contrato de prestación de servicios por parte de la empresa principal.

Es cierto que no resulta difícil imaginar que la causa última de la extinción resolución del contrato mercantil por parte de Airbnb es la caída de la actividad turística internacional y, dentro de ella, la práctica desaparición de las contrataciones objeto la actividad de dicha mercantil. Pero ello de ninguna manera empece la conclusión de que la disminución de la actividad para la empresa demandada está originada por la resolución del contrato mercantil. De modo que, aun cuando podamos plantearnos que la causa última y mediata es la COVID-19, lo cierto es que la causa directa es la resolución del contrato mercantil de prestación de servicios en el que se sustentan las relaciones laborales entre la demandada CPM y el personal laboral que presta servicios para ella.

Ello nos obliga a obviar las previsiones del RDL 9/2020 y analizar la decisión empresarial desde la óptica del artículo 51 ET. Finalmente, la sentencia entiende que concurre una causa productiva para para sustentar la extinción de los contratos.

Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, Sentencia 66/2020 de 11 de diciembre. Rec. 50/2020.

5. JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 1 BARCELONA

Primera sentencia que entiende no ajustado a derecho el art.2 RDL 9/2020 (limitación a extinción contratos por causa COVID) al entender que con ello se vulnera el orden constitucional interno y los Tratados UE.

Si bien las sentencias de instancia no crean jurisprudencia, si queremos traer a colación esta novedosa resolución que da un enfoque muy distinto a las consecuencias de los despidos vinculados a causas COVID.

Concretamente esta resolución declara como procedente un despido objetivo por tales razones (reducción de actividad de una empresa) no aplicando la limitación a los despidos establecida por el Gobierno en el artículo 2 del Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo, por entender que dicho precepto conculca el derecho a la libertad de empresa y desarrollo de la actividad empresarial, reconocidos tanto en el ordenamiento constitucional interno como en distintos Tratados de la Unión Europea.

La resolución reconoce que, a pesar de la literalidad del artículo 2 del RDL 9/2020 (que expresa que la fuerza mayor y las causas económicas, técnicas, organizativas y de producción no pueden entenderse como justificativas de la extinción del contrato de trabajo ni del despido), la propia norma se apoya en criterios temporales, expresando la citada resolución: *“(...) estamos ante un momento de enfriamiento de la actividad productiva acotado por la situación excepcional por la que atravesamos, con motivo de la crisis del COVID-19 y, por tanto, que esta situación va a tener una duración limitada y sujeta a un periodo de tiempo concreto”*.

Según los fundamentos de Derecho de la sentencia, el propio RDL defendía literalmente tanto la protección del empleo como la de la empresa y su supervivencia *“con el objetivo de garantizar que los efectos de la crisis sanitaria no impidan el restablecimiento de la actividad empresarial y la salvaguarda del empleo”*. El Magistrado añade: *“La ineficacia de las medidas de prevención y posteriormente de control de la crisis sanitaria y de la epidemia, que han forzado la adopción de nuevas medidas en materia de empleo, así como prórrogas sucesivas de las adoptadas en marzo, supone también que decisiones empresariales tomadas con la información suministrada por el Gobierno y los poderes públicos al inicio de la crisis se revelen insuficientes o ineficaces para el mantenimiento y la supervivencia de la actividad empresarial meses después. De ahí la diferencia con otras situaciones planteadas en otros contextos históricos (...), donde se partía de la existencia de productos de la negociación colectiva y no de situaciones sobrevenidas, de fuerza mayor propia donde el mayor o menor acierto de la decisión empresarial deviene intrascendente, pues no hay en juego la buena fe negocial, la confianza legítima y el principio pacta sunt servanda.”*

Y teniendo en cuenta ese y otros criterios, como el descenso considerable de ventas de la empresa (causas económicas y productivas), la *razonabilidad* del supuesto o la *adecuación* de la medida de extinción contractual, la sentencia confirma la declaración de procedencia del despido de una trabajadora, y ello a pesar del ERTE.

Juzgado de lo Social nº 1 Barcelona, Sentencia 283/2020, de 15 de diciembre. Autos nº 581/2020.

6. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA ANDALUCÍA (SEVILLA)

La falta de mención de la causa del despido no conlleva la nulidad del mismo sino su improcedencia.

La resolución y, por tanto, el despido, como negocio jurídico extintivo no es abstracto, debiéndose distinguir entre la causa (como función económica y social del negocio) y las causas justas del acto extintivo, de ahí que lo que precipita la responsabilidad del empresario es la existencia de un sistema causal: el hecho de que no se haya respetado. Luego la causa tiene atribuida una naturaleza que excede lo formal y el despido no es un negocio jurídico acausal.

En suma, si asumimos que la causa no tiene atribuida una naturaleza meramente formal, ya no puede sostenerse que la causa esté al margen del marco constitucional e internacional, y el abono de una indemnización ante la extinción sin causa no supone una degradación de la causa a un elemento estrictamente formal.

En fin, sostenemos que el despido es un supuesto de resolución contractual, lo que significa que el régimen jurídico laboral es una derivación del art. 1124 del CC y, por tanto, no puede ser calificado como un negocio jurídico abstracto. Sentado que la causa no tiene atribuida una naturaleza meramente formal, la calificación de improcedencia del despido y la consiguiente responsabilidad del empresario tiene su origen en que existe un sistema causal y este no se ha respetado. El medio a través del cual se exige al empresario el cumplimiento del programa de prestación ilegítimamente incumplido excede del ámbito de aplicación de los apartados 3 y 4 del artículo 6 del CC, pues la nulidad ahí proclamada opera en ámbito separado al de la calificación judicial de nulidad, al operar conforme a lógicas diferenciadas, no intercambiables.

En suma, extender los efectos de los apartados 3 y 4 del artículo 6 del CC a la dimensión procesal, la calificación de nulidad judicial no solo implica una confusión conceptual, sino que también nos hace imposible distinguir el despido sin alegación de causa alguna o por causa falsa del simplemente improcedente. El recurrente niega la posibilidad de la calificación de improcedencia, pues implícitamente entiende que el cumplimiento *in natura* está intrínsecamente unido a la extinción infundada, ya que para él no son escindibles.

En sentido contrario aquí sostenemos que la responsabilidad del empresario nace por la existencia de un sistema causal y por el hecho de que no se ha respetado, de modo que el medio a través del cual se exige al empresario el cumplimiento del programa de prestación ilegítimamente incumplido excede del ámbito de aplicación de los apartados 3 y 4 del art. 6

CC y por tanto la nulidad del apartado 3 se circunscribe al acto extintivo y así es distinta de la calificación judicial de nulidad.

Podemos añadir los argumentos clásicos en que se sustenta la calificación de improcedencia del despido sin causa y así el contenido en la STC 185/2014: no existe “*la posibilidad de una interpretación constitucional de la ley, de la que se pretenda derivar como conclusión que la falta de mención de causa conlleva la nulidad*”. El despido radicalmente nulo por fraude de ley, de creación jurisprudencial desde 1988, dejó de ser aplicada a partir de la STS de 2 de noviembre 1993, rec. núm. 3669/1992, al desaparecer de la Ley de Procedimiento Laboral de 1990. Ante los defectos en la comunicación del despido, la ley, sin más requisitos, dispone la calificación del despido como improcedente y, en consecuencia, impone la condena alternativa a la readmisión o a la indemnización.

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla), Sala de lo Social, Sentencia de 19 de noviembre de 2020. Rec. 1795/2019.

Departamento Laboral y de Seguridad Social

Persona de contacto: Eduardo Ortega Prieto

Email: ortegap@ortega-condomines.com

Persona de contacto: Eduardo Ortega Figueiral

Email: ortegaf@ortega-condomines.com